

「訴訟上の承継」論序説

中 村 雅 麿

一 序

二 「訴訟上の承継」の系譜

- 一 当然承継の系譜
- 二 引受承継の系譜

三 「訴訟上の承継」概念の確立

- 一 当事者概念と「訴訟上の承継」
- 二 訴訟遂行権と「訴訟上の承継」

四 「訴訟上の承継」の手続

- 一 当然承継の手続
- 二 引受承継の手続

五 結びに代えて——若干の補説

一 序

「訴訟上の承継」(prozessuale Sukzession od. Prozessnachfolge)とは、訴訟の係属中、当該「訴訟の目的」(Streitgegenstand)たる権利関係につき、実体法上の承継(一般並びに特定)があった場合、これにより新たに訴訟遂行権 (Pro-

zesführungsrecht)を取得するに至った者が従前の訴訟を承継することを用いる。これには、実体法上の包括(一般)承継(Gesamtnachfolge)に対応する当然承継と実体法上の特定承継(Einzelnachfolge od. Sondernachfolge)に対応する引受承継(広義の)とがある。

「訴訟上の承継」制度は、承継(Sukzession od. Nachfolge)の本質的性格に根ざしながらも、個人的利益と国家的利益の調和の上に立ち、当事者の利益保護と訴訟経済(Prozessökonomie)とをその制度目的としている。わが現行民事訴訟法は、この「訴訟上の承継」を手続に顕現させるため、一般承継については、訴訟手続の中断・受継(民訴二〇八条)の制度を、また、特定承継については引受・脱退(民訴七一条)の制度を設けている。

ところで、「実体法上の包括(一般)並びに特定承継」(materiellrechtliche Gesamt-u. Einzelnachfolge)と「訴訟手続の受継並びに引受」(Aufnahme u. Übernahme des Prozessverfahrens)との架橋をなす概念として「訴訟上の承継」概念が登場するまでには、理論上・制度上幾多の変遷があった。^(三)ここにその系譜的考察をなすにあたって、訴権学説(Klagrechtstheorien)その他の訴訟理論との関係上、当然承継と引受承継とを分説した方が妥当と思われるので、それぞれの沿革につき概観し、次いでその理論的制度的考察に及びたいと思う。

(一) ここに引受承継とは、いわゆる權利承継・義務承継(通説に従えば参加承継・引受承継)を包摂する概念で、「訴訟の目的」の譲渡(Veräußerung des Streitgegenstandes)の場合に該む。

(二) 承継の対象が何であるかにつき、訴訟(法律)関係(Prozessrechtsverhältnis, Prozessverhältnis)説と訴訟(法律)状態(Prozess als Rechtslage, Prozesslage)説とを対立させる。Goldschmidt, J., Der Prozess als Rechtslage, 1925, S.

143 ff. u. S. 521ff. 中村宗雄博士、民事訴訟原理第一冊（昭和三六年）一五五頁以下。兼子一博士、訴訟承継論（民事法研究第一卷所収、同二四頁以下）。

わが刑事訴訟法学が、その訴訟過程論に面説を折衷的に採り入れていることについては後述する。

（三） 中村英郎教授、訴訟上の承継、綜合法学四一号五五頁以下。

二 「訴訟上の承継」の系譜

一 当然承継の系譜

当然承継とは、相続・法人の合併等、実体法上の包括（一般）承継（Gesamtnachfolge）が生じた場合、「訴訟上の承継」が法律上当然にそれに伴うことをいう。このような当然承継の概念が当初から存在したわけではなく、それは、次のような沿革があった。

（一） ドイツ普通法時代 ザヴィニー（Friedrich Carl von Savigny, 1779～1861）に至るまでのドイツ普通法（*Gemeines Recht*）時代は、訴権学説（*Klagerechtshandeln*）で言えば、訴訟法が実体法から体系的に分離していない前私法的訴権説時代にあたり、実体的当事者概念（*der materielle Parteibegriff*）を背景としている。相続等の包括承継の場合には、被相続人たる当事者が死亡すれば、本案手続が中止となり、裁判所が相続の確認をすることにより、相続人につき訴訟手続を続行すべきものとされていた。この場合、被相続人死亡後も代理人（*Prokurator*）が新たな代理権の授与なくして訴訟を続行する権限を与えられているときは、被相続人の名において判決するものとし、相続人はその判決

の無効を主張し得ないことになっていた。なお、ドイツ普通法 (Gemeines Recht) の下では、訴訟係属 (litis contestatio, Rechtshängigkeit) 後「訴訟の目的」(Streitgegenstand) たる権利関係が固定 (Betestigung) するロー法の原則 (譲渡禁止主義——Prinzip des Veräußerungsverbot) が踏襲され、特定承継 (Einzel-od. Sondernachfolge) は原則として許容されていなかったもので、包括承継 (Gesamtnachfolge) の場合に限り、それと不可分の関係において、「訴訟上の承継」を伴う場合が存した。従つて、この当時の「訴訟上の承継」は「実体法上の承継」に帰一する概念であつて、現時の民事訴訟法学で唱えられているような、「実体法上の承継」及び「訴訟手続の受継」と概念的に区別される「訴訟上の承継」概念は存在しなかったのである。

(二) ドイツ旧民事訴訟法時代 一八七七年のドイツ旧民事訴訟法は、ザヴィニー *Savigny* 以後のドイツ普通法理論を背景とする私法的訴権學說 (*zivilistische Klagerechtslehre*) によつて貫かれてゐる。當時は、私法的一元觀から実體法・訴訟法對立二元觀 (前期三元觀) へと推移するいわば過渡的時代にあたり、訴訟体系はなお私法体系に對して從屬的地位にあつたのであるが、実體法と訴訟法との体系的分離が漸く認識され出してゐたのである。なお、当事者概念は未だ実體的當事者概念の域を出てゐなかつた。このドイツ旧民事訴訟法は、「実體法上の承継」と「訴訟上の承継」とを一應分離する建前の下に、訴訟手續の中断及びその受継 (*Unterbrechung des Verfahrens und dessen Aufnahme*) に関する規定を設けた (旧二七・二八・二九・三〇・三一・三二・三三・三四・三五條)。ここでは、実體法上の權利承継人 (*Rechtsnachfolger*) が手續を受継すべきものと、呼出を受けた權利承継人が期日に出頭しないときは、申立により、その主張された權利承継 (*Rechtsnachfolge*) を、自白したものとみなすとされてゐた (旧二七・二八・二九・三〇・三一・三二・三三・三四・三五條)。即ち、「実體法上の承継」と「訴訟手續の受継」とを表裏不可分の

関係においている。この規定をそのまま解釈する限り、特に「訴訟上の承継」概念を持ち込む必要はなかったのである。わが旧民事訴訟法もまたこのドイツ旧民事訴訟法と同様であった^(日旧民訴一、七八条以下)。

(三) 公法的訴権説時代 訴訟法が実体法から体系的に分離独立し、しかも訴訟体系が私法体系に対する従属性から解放された時代が、この公法的訴権説 (publizistische Klagrechtstheorie) 時代である。この時代は訴訟法の独自性が強調され、形式的当事者概念 (der formale od. formelle Parteibegriff) が漸次滲透した関係もあって、相続等の包括承継 (Gesamtnachfolge) の場合に、何故に相続人が訴訟手続を受継するかにつき、専ら訴訟経済 (Prozessökonomie) にその制度目的を求めるようになった。訴訟当事者 (Partei im Zivilprozess) を、実体法上の権利・義務とは無関係な訴訟法独自の主体として把握せんとする形式的当事者概念を採る限り、「実体法上の承継」と「訴訟手続の受継」とを理論的に連結するには媒体 (medium) 概念を必要とする。そこで、新たに「訴訟上の承継」概念が登場するに至ったのである。これは、夫は妻の持参財産に関する訴訟につき訴訟資格 (Prozessstandschaft) を持ち、当事者となるとするローラー (Joseph Kohler 1849～1919) の学説^(四)や破産財団に関する訴訟につき、破産管財人は職務上の当事者 (Partei kraft Amtes) になるとした一八九二年三月三〇日のドイツ大審院第五民事部判決を契機として、「訴訟の目的」(Streitgegenstand) について、第三者の地位にある者の訴訟遂行権を認める事案が次第に増加したことに基因している。ここに至って、「実体法上の承継」と「訴訟手続の受継」とを表裏不可分の関係におく受継理論ではまかないきれなくなった。一九〇〇年のドイツ改正民事訴訟法は、訴訟手続の中断・受継に関する旧法規定を殆どそのまま踏襲したが (現三三九条以下)、しかしその解釈理論として、訴訟手続の中断・受継を「実体法上の承継」と切り離し、純然たる訴訟手続

上の事項とする見解を生じてきたのである。

(四) わが現行民事訴訟法 わが民事訴訟法は、第二〇八条、第二一九条に訴訟手続の中断・受継に関する詳細な規定を設けている。これには、実体的当事者概念に立脚した規定が各所に残存しており（八五・八六・二二三・二一九条など）、中断・受継を訴訟手続上の事項としながらも、「実体法上の承継」・「訴訟上の承継」及び「訴訟手続の受継」の三者の区別が明確になされていない憾みがある。⁽⁵⁾ わが現行民事訴訟法は、実体法上の特定承継につき、新たに訴訟の引受・脱退の規定を設け（七二・七四条）、「実体法上の承継」から切り離れた「訴訟上の承継」概念を定立したのであるが、実体法上の包括（一般）承継に対応する訴訟手続の中断・受継に関する規定にこれが反映していない。そのため、当事者概念（Partei-begriff）との関連上、学説・判例に紛糾をきたし、理論上・實際上種々困難な問題を生じたのである。

(四) Kohler, J., Der Dispositionsniessbrauch : Jherings Jahrb. f. die Dogmatik des heut. röm. u. deut. Privatrechts, Bd. 24, S. 187ff. 1886. 中村宗雄博士、訴訟遂行権の系譜的考察（民事訴訟法学の基礎理論（昭和三二年）所収、同二二九頁以下）。中村英郎教授、訴訟遂行権について、早稲田法学三五卷三・四号四九三頁以下。

(五) Urteil des Reichsgerichts vom 30 März 1892 (RG. Bd. 29, Nr. 10, S. 29 ff.) 中村（宗）博士、前掲基礎理論一三九頁以下。なお、この判例は授權（Ermächtigung）の理論を背景として、Kohler の Prozessstandschaft とは別個の角度からその理論を發展せしめたものであるという。中村（英）教授前掲早法三五（三・四）五〇六頁。破産管財人の地位についてはなお後述。

(六) 中村（宗）博士、判例民事訴訟研究第一卷（昭一四年）四頁は、現行民事訴訟法制定当時、起草委員が承継（Sukzession,

Nachfolge) と受継 (Aufnahme) との関係について十分の研究を遂げていなかったと述べておられる。

二 引受承継の系譜

ここに引受承継とは、わが現行民事訴訟法第七三(七一)条・第七四条の規定の内容をなす「訴訟上の承継」で、当事者の行為によって承継の生ずる場合を広く意味する。従来、「訴訟の目的」の譲渡 (Veräußerung des Streitgegenstandes) として論じられてきたところのもので、実体法上の特定承継 (Einzel-od. Sondernachfolge) に対応する訴訟概念である。引受承継に関しては、ローマ法以来種々の立法主義があるので、次にその沿革の概略を述べることにする。

(一) ローマ法・ドイツ普通法 一般に、ローマ法及びドイツ普通法の下では、訴訟係属 (litis contestatio, Rechts-hängigkeit) により、「訴訟の目的」(Streitgegenstand) たる権利関係が固定 (Befestigung) し、訴訟係属後はその譲渡・移転が許されていなかった。いわゆる譲渡禁止主義が採られていたのである。しかし、ドイツ普通法 (Gemeines Recht) 後期においては、ローマ法の譲渡禁止主義がなお存続していたかにつき、学説・判例に紛糾があったもようである。⁽⁴⁾

(二) ドイツ民事訴訟法 ドイツ現行民事訴訟法は、「訴訟の目的」の譲渡 (Veräußerung des Streitgegenstandes) に関し、その第二六五条 (旧二三六条に該る)、第二六六条 (旧二三七条に該る) 及び第三二五条 (旧二三六条Ⅱ項、二三八条に該る) に次のように規定している。

第二六五条 (旧二三六条) 権利拘束ハ当事者ノ一方又ハ他方ヲシテ係争物ヲ譲渡シ又ハ主張シタル請求ヲ譲与スルノ権利ヲ妨クル

コトナシ

譲渡 (Veräußerung) 又ハ譲与 (Abtretung) ハ訴訟ニ何等ノ影響ヲ及ボサス承継人ハ相手方ノ承諾アルニ非サレハ前主ニ代リ主タル当事者トシテ訴訟ヲ引受ケ又ハ主参加ヲ申立ツルノ權利ヲ有セス承継人カ從参加人トナリタルトキハ第六九条ヲ適用セス

原告カ譲渡又ハ譲与ヲナシタルトキハ其判決カ第三二五条ニ依リ承継人ニ効力ナキトキニ於テハ請求ヲ主張スヘキ權利ナキコトノ抗弁ヲ以テ對抗セラルルコトヲ得 (参照日民訴七三・七四条)

第二六六条 (旧二三八条) 土地ニ関シテ主張セラルル權利又ハ土地ニ附着スル義務ノ存否ニ関シ占有者ト第三者トノ間ニ訴訟ノ係属スルトキハ該土地ノ譲渡ニ際シ承継人ハ主タル当事者トシテ該訴訟ヲ其状態ニ於テ引受クル權利及ヒ相手方ノ申立ニ依リ引受クヘキ義務ヲ有ス

前項ハ無權利者ヨリ其權利ヲ取得セル者ノ利益ノ為ノ民法ノ規定ニ抵触スルトキハ之ヲ適用セス此ノ場合ニ於テ原告カ譲渡ヲ為ストキ第二二五条第三項ノ規定ヲ適用ス

第三二五条 (旧二三六条Ⅰ項) (確定判決ハ当事者及ヒ權利拘束ノ發生後当事者ノ承継人トナリタル者又ハ当事者ノ一方若クハ其承継人カ間接占有者トナル方法ニテ係争物ヲ占有スルニ至レル者ノ為ニ又ハ之ニ対シ効力ヲ生ス

權利ナキ者ヨリ權利ヲ移転セラレタル者ニ対シ其利益ノ為ニ設ケタル民法ノ規定ハ之ヲ準用ス

登記シタル土地負担、土地債務、定期土地債務ニヨリ生シタル請求ニ対スル判決ハ其負担シタル土地ヲ譲渡シタル場合ニ於テハ其土地ニ関シテハ其權利拘束ヲ知ラサル承継人ニ対シテモ其効力ヲ生ス此判決ハ強制競売ニヨリ譲渡シタル土地ノ買得者ニ対シテハ遅クトモ競売期日ニ於テ申込ノ開示ノ催告前權利拘束ヲ通知セラレタルトキノミ効力ヲ生ス (参照日民訴二〇一条)

このような規定形式のため、ドイツ民事訴訟法は、通常、当事者固定 (恒定) 主義を採用した法例として掲げられるが、右に示した如く、その規定内容は極めて複雑で、単純に当事者固定主義と割り切れないものがある。しかし、

ローマ法及びドイツ普通法の時代を経て、これらの法制の批判の上に立ち、ローマ法以来の譲渡禁止主義を廃止（二六五条一項）し、原則として当事者固定主義を採用するに至った（二六五条二項）ものと思われる。^(九)この規定形式から、「訴訟上の承継」を執行の段階に移していることが分る。

(三) わが旧民事訴訟法 わが旧民事訴訟法は、「訴訟の目的」(Streitgegenstand)の譲渡・移転に関し何らの規定を設けず、すべてを解釈にまかせていたのであるが、当時、通説・判例は譲渡を無効とすべき理由はないとしながらも、当事者固定（恒定）や「訴訟上の承継」は認められないと解していたので、「訴訟の目的」たる権利の譲渡により、実体法上の特定承継を生じた場合には、それまで譲渡人により追行されてきた訴訟は徒労に帰さざるを得なかった。即ち譲渡者は訴訟遂行権を欠く者として訴を却下されるか、理由なきものとして請求を棄却されたのである。これがいわゆる訴訟犠牲主義^(一〇)であるが、当事者の利益保護及び訴訟経済の観点から早晩改められる運命にあった。

(四) わが現行民事訴訟法の立法経過 明治三十六年の改正草案は、ドイツ民事訴訟法にならい、当事者固定（恒定）を原則とする規定を設けていたが、その後法文の検討・修正が行なわれ、条文の整理がなされて、現行の第七一条（第七四条が設けられるに至ったのである。現行法は当事者固定（恒定）主義を全面的に揚棄し、訴訟係属中特定承継がなされた場合、その前後主体の変更ができるように途を講じ、いわゆる訴訟承継主義を採用するに至っている。^(一一)従って引受承継は、ドイツ民事訴訟法では特に問題にならないの^(一二)に對し、わが法においては特異な位置を占めているのである。

(七) ローマ法の *litis contestatio* (訴訟係属) については、中村宗雄博士、訴と請求並に既判力（原版昭二四・増補改版昭三

六年)一九七頁以下に詳し。

(八) 兼子一博士、前掲民事法研究一〇七頁(一四四)。

(九) 兼子博士、前掲研究一一八頁以下。Lent-Jaurnig, Zivilprozessrecht, 12te Aufl. (1965), § 86.1.5. (S.242), § 87 (S.244ff.).
Rosenberg, L., Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9te Aufl.(1961), § 101 (S. 491 ff.)

(一〇) これに対する加藤博士の批判につき、兼子研究一三二頁。

(一一) 山木戸教授、訴訟参加と訴訟承継、民事訴訟法講座第一巻二九九頁以下。中村英郎教授、前掲綜法四一号五八頁。
明治三十六年改正草案第二二三条 權利拘束力生シタル後權利又ハ其目的ノ移轉アルモ訴訟ニ影響ヲ及ホスコトナシ
承継人ハ訴訟ノ相手方ノ同意ヲ得テ当事者ニ代リ訴訟ヲ引受ケ又ハ第二十四条ノ規定「現行法六〇条に該る」ニ依ル
訴ヲ提起スルコトヲ得

(一二) Lent-Jaurnig, a.a. O. § 86. I. 5. (S. 242). Rosenberg, a.a.O. S. 173 a) u. S. 494 ff. III.

三 「訴訟上の承継」概念の確立

「訴訟上の承継」(prozessuale Sukzession od. Prozessnachfolge)は、「実体法上の包括(一般)並びに特定承継」(実体法上の主体的変動)と「訴訟手続の受継並びに引受」(訴訟手続上の主体的変動)とを連結し、両者の架橋的役割を果す訴訟概念である。従って、これを的確に把握するには、実体法と訴訟法との相関関係を十分に認識する必要がある。この「訴訟上の承継」概念の定立には、当事者概念(Parteibegriff)及び訴訟遂行権(Prozessführungsrecht)理論との調和が必要であり、また承継の対象面においては、訴訟関係(Prozessverhältnis, Prozessrechtsverhältnis)説及び訴

訟状態 (Prozesslage, Prozess als Rechtslage) 説がその背景となる。

一 当事者概念と「訴訟上の承継」

(一) 当事者概念 訴訟当事者 (Partei im Zivilprozess) の概念を如何に捉えるか (当事者概念^(1三) Partei begriff) は体系的統一的な訴訟理論を構築する場合のもとより、「訴訟上の承継」との関連においても極めて重要な問題である。

私法的訴権学説 (zivilistische Klagrechtstheorie) 時代は、当事者を訴訟における実体法上の権利者・義務者であるとする実体的当事者概念 (der materielle Parteibegriff) が採られた。ドイツ普通法当時は、実体関係の主体のみが事件適格 (legitimitas ad causam) をもち、訴訟当事者となり得たので、これは一種のアクチオ (actio) 理論であり、実体法と訴訟法とが体系的に分離した現代法の下では、過去の学説であるということができよう。しかし、実体的当事者概念にも一面の真理がある。先に「訴訟上の承継」の系譜を述べたときに指摘した如く、わが現行民事訴訟法にも、未だ実体的当事者概念に従った規定 (八五・八六・二二三・二二九条など) があるので、現時の訴訟理論の中で、実体的当事者概念を如何に受け入れ、「訴訟上の承継」概念と連結するかが問題となるのである。

更に下って、公法的訴権説 (publizistische Klagrechtstheorie) の時代となり、いわゆる職務上当事者 (Partei kraft Amtes) の概念が登場するに及んで、かつての実体的当事者概念では訴訟当事者を的確に説明し得なくなり、形式的当事者概念 (der formale od. formelle Parteibegriff) が学説の主流をなすに至ったのである。

形式的当事的概念とは、当事者地位に内存する実体関係を全面的に捨象し、もっぱら訴訟手続上の主体としてこれを捉え、判決の名宛人 (Adressat) たゞ原告 (Kläger) 及び被告 (Beklagte) が当事者であるとする考え方である。この

立場に立つ限り、前記の実体的当事者概念に基いた規定（八五・八六・二二三・二一九条など）の説明に窮せざるを得ない上、「実体法上の承継」（materiellrechtliche Sukzession od. Nachfolge）、「訴訟上の承継」（Prozessuale Sukzession od. Prozessnachfolge）及び「訴訟手続の受継並びに引受」（Aufnahme u. Übernahme des Prozessverfahrens）の概念的区別と論理的関係の妥当な把握が困難となる。

そこで、実体的当事者（概念）と形式的当事者（概念）を択一関係（Entweder-Oder）に置くのではなく、両者を階層的に構成し（schichtenbauen）、両概念を肯定・導入した、いわば二元的な当事者概念を指定することによって、解決をはかるのが妥当であると思う。即ち、理念（理論）的考察方法（ideale od. theoretische Betrachtungsweise）に基き、法規範概念たる実体的当事者（法規範的当事者）を認識するとともに、実践（経験）的考察方法（praktische od. empirische Betrachtungsweise）に基き、事実概念たる形式的当事者（訴訟手続上の当事者）を認識するのである。

実体的当事者とは、「訴訟上の請求」（Prozessanspruch od. prozessualer Anspruch）の主体即ち訴訟遂行権を有する者（Träger des Prozessführungsrechts）を指称する。これには、実体的訴訟遂行権（事件適格 Sachlegitimation od. legitim. ad caus.）の主体と訴訟的訴訟遂行権（訴訟適格又は資格 Prozesslegitimation, Prozessstandschaft, legitim. ad process.）の主体とがある。従って、ここに実体的当事者とは、二元観により捉えられた理念的法規範的当事者であり、かつての私法的訴権説の下における一元的な実体的当事概念とは異なることを厳に注意しなければならない。

次に形式的当事者とは、文字通り形式的な事実概念であり、訴訟遂行権（Prozessführungsrecht）の有無を問わず、とにかく訴訟手続上の主体になっている者をいい、当事者権^(四)（Parteilrecht）に基き、訴訟追行（Prozessbetrieb）をなす

「事実上の当事者」である。

(11) 「訴訟上の承継」との関係 当事者をこのように二元的に理解すると、「訴訟上の承継」と「訴訟手続の受継並びに引受」との概念的区別が極めて明白となる。即ち、前者は実体的当事者の変動に関する問題であり、後者は形式的当事者の変動に関連するのである。当事者の死亡の場合(民訴二〇八条)を一例に言えば、被相続人の死亡と同時に「実体法上の承継」(包括承継)があり、「訴訟上の承継」(当然承継)がそれに伴う。つまりは、訴訟遂行権者(Träger des Prozessführungsrechts)の変動であるから、手続以前に実体的当事者の変動があるわけである。他方相続人は訴訟手続を受継することにより、手続主体即ち訴訟追行権者(Träger des Prozessbetriebs)となるのであるから、受継という手続的事実行為を通じて形式的当事者の変動があることになる。

形式的当事者が実体的当事者でもある場合が正當な当事者(die richtige Partei)であり、実体的当事者ではあるが形式的当事者ではない場合がいわゆる「隠れた当事者」⁽¹⁵⁾である。後者は法定の手続行為を経て、形式的当事者となるわけである。「隠れた当事者」が訴訟当事者であるかどうかはかなり難しい問題であるが、徒らに形式的当事者概念に左袒することなく、その間に階層的關係を措定することにより、私法的訴権説時代の実体的当事者概念とは異なつた、前述の実体的当事者理論に従い、この問題を積極的に解しておきたい。

このように当事者概念を二元的かつ階層的に捉えることにより、「実体法上の承継」(包括承継と特定承継)・「訴訟上の承継」(当然承継と引受承継)及び「訴訟手続の続行」(受継と引受)をそれぞれ正確に位置づけることができ、その概念的区別と論理的關係を一応浮き彫りにし得るように思う。要約すれば、「実体法上の包括」(一般並びに特定承

継」(materielle Gesamt- u. Einzelnachfolge) といふゆる実体権の管理処分権能主体 (Träger des Verwaltungs- u. Dispositions**(16)** befugnisse) の変動 (実体法上の主体的変動) 即ち実体権者の変動と、「訴訟上の当然並びに引受承継」は訴訟遂行権主体 (Träger des Prozessführungsrechts) の変動 (訴訟上の主体的変動) 即ち実体的当事者の変動と、次いで「訴訟手続の受継並びに引受」 (Aufnahme u. Übernahme des Prozessverfahrens) は訴訟追行権主体 (Träger des Prozessbetriebs) の変動 (訴訟手続上の主体的変動) 即ち形式的当事者の変動とそれぞれ表裏不可分の関係に立つ概念である。そして、「実体法上の承継」は文字通り実体法の範疇に属し、「訴訟上の承継」と「訴訟手続の受継 (並びに引受)」とが訴訟当事者 (Partei im Zivilprozess) の変動の問題として、訴訟法の範疇に属するのである。ここでは、「訴訟上の承継」の対象が何であるかということ (訴訟関係か訴訟状態かの問題) はこれを一応問題の外におき、新たな当事者概念の措定により、「訴訟上の承継」を法定的当事者変更 (**(17)** gesetzliche Parteiänderung od. Parteiwechsel kraft Gesetzes) という面から整序してみたわけである。

- (13) Lent-Jaurnig, Zivilprozessrecht, 12te Aufl. (1965), § 18 (S. 38 ff.). Rosenberg, L., Lehrb. 9te Aufl. (1961), § 39 (S. 162ff.). 中村宗雄博士、民事訴訟原理第二冊 (昭三九) 三七七頁以下は特に詳細に論じておられる。本稿もこの著書に負うところが多い。外に、鈴木重勝助教授、任意的当事者変更の許容根拠、早稲田法学三六卷三・四冊一七一頁以下。上田徹一郎助教授、形式的当事者概念と既判力の主観的範囲の理論、法と政治第一〇巻一号五頁以下。

- (14) 当事者権 (Parteirecht) とは、連続発展する訴訟関係内における当事者の主体的地位であるが、訴訟遂行権 (Prozessführungsrecht) の有無に拘らず、現に手続主体であるという事実に基づき認められる制度的権利であると解する。中村宗

雄博士、前掲原理Ⅰ一二頁。

(一五) 隠れた当事者は、実体的当事者であるが形式的当事者(手続主体)ではない場合なので、これに対し執行文(民訴五一九条)を付与し得るか否か、またそれには判決の更正(民訴一九四条)が必要か否かなど理論上実務上困難な問題を生じ紛糾しているが、当事者概念にまで遡って論究されなければ妥当な解決は得られないであろう。中村博士、前掲原理Ⅱ三八六頁・三八一頁(六)・三二〇頁(四〇)。

(一六) ここに管理処分権能は、Hellwig の *zu dem Verwaltungsrecht* (Lehrb. Bd. I, 1903, S. 155 u. 323) とは異なり、むしろ Stein の *Dispositionsbefugnis* (Gaub-Stein, Komm.Bd. I, 4te Aufl., 1900, S. 139) に近い意味に用ゐらる。なお後述する。

(一七) Rosenberg, L., a.a.O. S. 172f. Lent-Jauernig, a.a.O. S. 242.

二 訴訟遂行権と「訴訟上の承継」

(一) 訴訟遂行権 訴訟遂行権^(一八) (Prozessführungsrecht) とは、特定の「訴訟の目的」(訴訟上の請求)を審判の対象とする具体的訴訟において当事者として訴え又は訴えられる訴訟上の資格又は権能をいう。これには、実体的訴訟遂行権(事件適格)と訴訟的訴訟遂行権(訴訟適格又は資格)とがある。前者は実体権の帰属主体と訴訟遂行権主体が同一の場合であり、後者は両主体が異なる場合である。このような分離は、訴訟遂行権の沿革に徴し、権利の帰属それ自体とその管理処分権能(行使権能)の分化分属過程を基準にしたものである。

ドイツにおいては、実体的訴訟遂行権に該るものを *Sachlegitimation* の概念で括り、これを専ら実体法の範疇に属するものとする反面、訴訟的訴訟遂行権に該る場合つまり第三者の訴訟担当の場合に *Prozessstandschaft*, *Prozesslegiti-*

mation, Prozessführungsrecht, Prozessführungsbefugnis などの用語をあつ、これを訴訟要件 (Prozessvoraussetzungen) の一つとして、訴訟遂行権理論の中心課題として^(一九)いる。わが国においては、いわゆる当事者適格理論により、これを包括的全一的 (global) に説明するのが一般であるが、本稿では前述の如く、その沿革及び内容により、訴訟遂行権 (Prozessführungsrecht) の中に、実体的訴訟遂行権 (legit. ad caus., Sachlegitimation) と訴訟的訴訟遂行権 (legit. ad process., Prozesslegitimation) との二類型を認める立場を採^(二〇)る。

訴訟遂行権の移動(転)は、「訴訟上の承継」と表裏の関係をなすのであって、「訴訟上の承継」を「実体法上の承継」から概念的に区別し、両者の論理的関係を認識するためには、実体権と訴訟遂行権との内容的実質的關係が論究されなければならない。権利の帰属自体とその管理处分権能 (Verwaltungs- u. Dispositionsbefugnis) ないしは行使権能との分化分属現象は、^(二一)法定代理人・遺言執行者・相続財産管理人・破産管財人等の制度にみられる如く、実体法の段階で既に認められるところであるが、これらの制度は、それぞれ私益的ないしは公益的な制度目的 (存在理由) に基いて設けられているのであり、これらの者に独立の当事者地位 (Parteilichung) 即ち訴訟的訴訟遂行権 (Prozesslegitimation) を付与すべきか否かの議論も、実体法上の制度の趣旨を全うさせ、発展せしめるためのものであるという大前提に立脚してなされなければならない。従って、訴訟的訴訟遂行権も訴訟法プロパーの問題ではなく、実体法と絶縁し離い宿命的性格を帯有しているのである。即ち、実体権の帰属主体からその管理处分権能が分化し、任意的もしくは強制的に別個の主体 (第三者) に分属し、訴訟上、訴訟遂行権として機能するのが訴訟的訴訟遂行権であつて、当該実体権に関する訴訟を管理遂行する地位たる点において、訴訟的訴訟遂行権の実質的内容は実体権の管理处分権能

であるといふことができる。^(二三)従つて、わが破産法第一六二条の規定する破産管財人の訴訟的訴訟遂行権は、同法第七条の破産財団に関する管理処分権を実質的内容としていふことになる。これらの規定は破産制度の超私益性に基いていふと思われるが、本来破産者に属していた管理処分権（従つて訴訟遂行権）を破産制度の制度目的に則り、国家の強制により、破産管財人に制度的法定的に移転せしめたものであると理解することも可能となる。これは公法的な授權（Ermächtigung）に基く「職務上の当事者」（Partei kraft Amtes）ともみられる例であるが、この論理は、一般にいう任意的訴訟信託についても等しくあてはまる。ただ、管理処分権（その訴訟的作用としての訴訟遂行権）の分化分属が強制（法定）的か任意的かの差異があるだけである。

実体的訴訟遂行権は、既述の如く、実体権の帰属主体と訴訟遂行権主体が同一であるために、特にその実質（実体的内容が問題とされることはかつて殆どなかったのであるが、同一主体に帰属し、ほとんど一体をなしているとはいへ、権利の帰属それ自体とその管理処分権能（行使権能）との内容的分化は認識可能である。そして後者の訴訟における現象形態ないしは訴訟的作用が実体的訴訟遂行権であり、実体的訴訟遂行権を実体法上の管理処分権能に還元（遡源）せしめ得る点で訴訟的訴訟遂行権と異ならないのである。ただ、実体権と訴訟遂行権とが一体的に同一主体に帰属している点が異なるに過ぎない。つまり、実体的訴訟遂行権も訴訟的訴訟遂行権も訴訟遂行（Prozessführung）という面から捉えると、その実体的内容が管理処分権能であるという点において共通しているといふことができる。

以上の如く理解しても、債権者代位訴訟における債権者の地位、人事事件訴訟における検察官や弁護士としての地位、第

三者間の権利関係の確認訴訟における原告の地位及び選定当事者等を説明するのに特に理論的支障をきたすことはない。むしろ、訴訟遂行権を実体的法律関係とは無関係な純粹に訴訟法上の事項であるとする立場に多くの理論的矛盾が潜んでいるように思われるのである。

(二) 「訴訟上の承継」との関係 訴訟遂行権の移動(転)が「訴訟上の承継」と表裏の関係にあることについては前述したが、これは、論理的には両者が併存して相互に作用しているということであって、「訴訟上の承継」が一訴訟要件(eine Prozessvoraussetzung)たる訴訟遂行権(当事者適格)の承継であるというのは、その一面を示すに過ぎない。論理的には反対の方向(Vektor)をもつこともある。管理处分権能の変動、訴訟遂行権の移動、訴訟上の承継「(法定的)当事者変更」の三者は、用語上片面的概念の如く感じられるが、これらは三位一体(Trinität, trinity)をなして一つの訴訟現象(eine Erscheinung des Prozesses)^(一五)を現わしているとみるのが妥当である。従って、適格承継概念なるものを持ち出しても訴訟上の承継現象の全貌を捉えることはできないのである。これまで述べてきた如く、訴訟遂行権の系譜的実質的内容は極めて複雑なので、その的確な把握はもとより、当事者概念、訴訟関係及び訴訟状態の総合的考察の結果はじめて、「訴訟上の承継」の全貌を明確にし得るであろう。ここでは、「訴訟上の承継」の対象が何であるかの問題(訴訟関係か訴訟状態かの問題)は暫く捨象して、それに論理的に先行する承継原因に焦点をあてて考えてみることにする。

訴訟遂行権をいわゆる管理处分権能(Verwaltungs- u. Dispositionsbefugnis)の訴訟における現象形態であると理解すると、それは、「実体法上の承継」の段階では管理处分権の変動という形で現れ、訴訟遂行権なる訴訟概念の入り

込む余地はなく、「訴訟上の承継」の段階に至ってはじめて、訴訟遂行権の移動として形相する。かくて、新たに訴訟遂行権を取得するに至った者が従前の訴訟をそのまま承継するか否かの問題即ち「訴訟上の承継」の問題が生じ、次いで、このような実体法上及び訴訟上の承継現象を手続に反映させるために、「訴訟手続の受継並びに引受」(Aufnahme u. Übernahme des Prozessverfahrens) ないしは「訴訟手続の続行」(Weiterführung des Prozessverfahrens) が問題となるのである。なお引受承継の場合は、手続行為(引受)が「訴訟上の承継」に先行する点において、当然承継の場合と異なることを注意しなければならない。かくて、実体法上の管理処分権能の所在の移動が、訴訟の領域において訴訟遂行権の移動を生じ、「訴訟上の承継」となる。即ち、管理処分権能の移動が「訴訟上の承継」の原因となるのである。このように解することによってはじめて、「実体法上の承継」・「訴訟上の承継」・「訴訟手続の続行」の推移過程と相互関係が如実に看取できるのである。

(一八) 中村宗雄博士、前掲基礎理論一一五頁以下。中村英郎教授、前掲早法三五卷三・四号四九七頁以下。宮崎澄夫教授、当事者適格、民事訴訟法講座第一巻九七頁以下など。

(一九) Prozessstandschaft — Kohler, Jherings Jahrb. a.a.O. S. 187 ff., Prozesslegitimation — Stein-Jonas, Komm. Bd. I. 17te Auf., IV 2a vor § 50 (1953), Prozessführungsrecht-Hellwig, a.a.O. S. 316 ff., Prozessführungsbefugnis — Rosenberg, a.a.O. S. 192 ff., vgl. Lent-Jauernig, a.a.O. § 22 (S. 53ff.)

(二〇) 兼子博士、民訴法体系八頁以下。三ヶ月教授、民訴法一八四頁以下。新堂助教授、当事者適格、民事法学辞典下一四九三頁。鈴木正裕助教授、当事者適格、民訴法演習四六頁以下。

(二一) 中村英郎教授、訴訟遂行権について、前掲早法三五(三・四)四九七頁以下。

- (一一) 於保不二雄教授、財産管理権論序説四四頁以下。
- (一二) 訴訟遂行権の實質的根拠を Dispositionsbefugnis と求めるのは Gaub-Stein, aa.O. § 51 (S.139); Verwaltungsrecht に対応するもの Helwig, aa.O. S. 316ff., vgl. S. 323; Verfügungsbefugnis に対応するもの Rosenberg, aa.O. S. 193 などがある。しかし、Lent は當事者概念は純粹に形式的なものである (Lent-Jaernig, aa.O. S. 39, IV) とし、訴訟遂行権も実体法から切り離し、形式的當事者概念 (der formelle Parteibegriff) に基づいて把握する必要があるとしてゐる (S.54)。本稿が、訴訟當事者も訴訟遂行権も共に二元的に把握してゐることは本文の通りである。ここに管理処分権能 (Verwaltungs- u. Dispositionsbefugnis) なる概念も右の各説を参酌し、その利点を採り入れた概念である。
- (一四) 破産管財人 (Konkursverwalter) の地位については、職務説 (Amstheorie)、代理 (人) 説 (Vertretungs- od. Vertretertheorie)、機関説 (Organtheorie) の対立がある。本稿は職務説に従つてゐるが、未だに代理説に従つてゐるものがある (Rosenberg, aa.O. S. 164; 中田淳一教授、破産法・和議法一七九・一八〇頁。なお vgl. Lent-Jaernig, aa.O. S.40ff.)
- (一五) Lent-Jaernig, aa.O. § 32, II. (S.91) は「訴訟上の承継現象は訴訟法律関係の引受 (die Annahme eines Prozessrechtsverhältnisses) の最もよく説明できるとしてゐる。この点、本稿はやり異なつた考え方をしてゐる (後述) が、なお将来の研究に俟ちたい」。
- (一六) Lent-Jaernig, aa.O. § 86, I (S.242)

四 「訴訟上の承継」の手續

一 当然承継の手續

当然承継の場合、その手續は民事訴訟法二〇八条～二一九条の規定に基づいて行なわれる。わが法は手續面から当然

承継の各場合を規定しているが、何故にこのような場合に当然の「訴訟上の承継」が生ずると考えられるのであろうか。それは各制度の本質に根ざすものと考ええる。

相続制度（民訴二〇八条参照）、法人の合併制度（同二〇九条参照）は、それぞれ実体法上の包括承継の制度であり、破産制度（同二二四・二二五条・二二二条一項参照）、信託制度（二二一条参照）等も、その制度自体に内在的にそれぞれの私益的公益的な制度目的を包蔵しており、これら各々について検討してみるに、やはり当然承継の概念が妥当し、受継についても任意的受継ではなく、必要的受継制度をもつて最もその本質に合致するものしなければならないのである。従つて、承継原因の発生と同時に訴訟手続を中断させ、訴訟を固定せしめる制度は、承継人の利益保護のための制度であり、単に訴訟経済によるものではない。^(二七) わが民事訴訟法は、いわば当然承継を手続面から括しているといふことができる。

(1) 当事者が自然人である場合のその死亡（二〇八条）と当事者が法人その他の団体である場合のその消滅（二〇九条）に基づく中断・受継。

実体法上の包括承継に訴訟上の当然承継が伴う場合であり、いわゆる実体的訴訟遂行権（Sachlegitimation）の移転が承継原因となっている。従つて、誰が承継人として中断した訴訟手続を受継すべきかは、専ら実体法に基いて判断される。この場合、これまで述べてきた理論に従えば、承継人は訴訟手続以前に従前の当事者の地位に就いているのであり、受継（Aufnahme）は単なる手続的顕現行為に過ぎないことになる。^(二八)

(2) 信託財産に関する訴訟についての受託者の信託任務の終了（二二一条）、資格当事者の資格喪失（二二二条一項）、

訴訟係属中における当事者の選定または選定当事者全員の資格喪失（二二二条二項）、破産宣告または破産手続の解止（二二四・二二五条）に基づく中断・受継。

これらの場合は、いわゆる訴訟的訴訟遂行権（Prozesslegitimation）の移動を承継原因とする当然承継の手続規定である。この場合、実体権の帰属主体の変動は存しないが、その管理処分権能の移動が原因をなしていることについては前述した。新訴訟遂行権者が当該訴訟手続を受継するが、それ以前に訴訟上の当然承継があることは当事者死亡の場合と同様である。

破産宣告及び破産手続の解止（二二四・二二五条）の場合は別であるが、その他の場合（二〇八条一項、二〇九条一項、二一〇～二二二条の場合）、訴訟代理人があれば訴訟手続は中断しない（二二三条）ので、受継手続前の承継人の地位が問題となる。いわゆる「隠れた当事者」^{（二九）}の問題である。民訴法二〇一条の既判力の主観的範囲、同五一九条の承継執行文等とのかねあいから、従来の実体的当事者概念でも、また形式的当事者概念でも説明がつかない。この場合、前述した如く、当事者概念の階層的構成（Schichtenbau）により、手続前の承継人は実体的当事者であって形式的当事者ではない、潜在的（隠れた）訴訟当事者であると解する（前述）。しかし、このように実体的当事者であって形式的当事者でないということは、具体的当事者の変則的形態とでもいうべきもので、もっぱら実体的当事者概念に基き、訴訟促進の趣旨の下に設けられたこの規定（二二三条）は、承継人の利益保護という中断・受継制度の本来の趣旨に反して作用する場合が少なくない。裁判所はよろしく訴訟指揮をなし、この規定のの公平な運営を図るべきである。

③ 当事者の訟訟能力の喪失又は法定代理人の死亡もしくは代理権の喪失（二一〇条）による中断・受継。

現実には訴訟を担当するが、当事者ではない、いわゆる訴訟を実施 (Prozessbetrieb) する者の変動の場合である。「訴訟上の承継」の範疇には属さないが、「訴訟手続の中断・受継」の手続によるものとされる。実体法上権利の帰属自体と管理处分権能 (行使権能) の分離現象の最も著しい場合が法定代理制度であるとすれば、この場合も実体法上の管理处分権能の移動の一場合として、「実体法上の承継」とみることも可能であろう。しかし、専ら当事者について問題となる「訴訟上の承継」の段階では、訴訟遂行権ではなく、訴訟実施権の変動として現れるのであるから、^(三〇)「訴訟上の承継」概念に似て非なるものである。

二 引受承継の手続

ここに引受承継 (広義の) とは、当事者の行為によって「訴訟上の承継」の生ずる場合であり、その手続は民事訴訟法第七一条と第七四条に基いて行なわれる。いわゆる当然承継が「実体法上の承継」と「訴訟手続の受継」との間であって、両者の連結作用をしているのに対し、引受承継の場合は、手続上の引受行為があってはじめて、「訴訟上の承継」 (引受承継) が生ずる点で異なる。^(三一)引受承継は実体法上の特定承継に対応する概念であり、当然承継が実体法上の包括承継に対応していることと *Parallel* の関係にあるが、その間には制度上種々の差異がある。右に指摘した外に、当然承継の場合、訴訟手続の必要的受継が規定されているのに対し、引受承継の場合、判例・学説上複雑な対立は示しているものの、規定上一応任意的引受の制度であるという点も重要な差異であると言える。

第七三条及び第七四条は、直接的には、前者が権利承継人の参加に関し、後者が債務承継人の訴訟引受に関して規定しているが、これらの規定が余りにも簡単で不備なため、その解釈・運用をめぐる困難な問題を包蔵している。

いわゆる権利承継・義務承継説と参加承継・引受承継説の対立である。^(三三)

判例も大審院時代はもとより最高裁判所になってからも、基本的には権利承継・義務承継説の立場に立ち、ただ七三条・七四条の規定の不備を解釈上補充する態度をとっていたが、それでもこの立場に立つ限り、権利承継人に訴訟を強制的に引受けさせることができないため、ついに昭和三十二年九月十七日従来の態度を改め、参加承継・引受承継説を採るに至った。判旨は、凡そ次のように述べている。^(三四)

「民訴七三条・同七四条の両規定は相俟つて訴訟の目的たる権利または債務の承継人及び相手方に対し、既存の訴訟状態を自己のために利用する機会を平等に与えるために設けられたものと解するを相当とする。ただし、権利といふ義務といふも、それは畢竟表裏の關係にあり、単に権利者またはその承継人に対してのみ既存の訴訟状態を利用する機会を与えることは公平の觀念に反し妥当を欠くからである。それ故に、民訴七三条の趣意は承継人が自ら進んで既存の訴訟に加入し得ることを認めたものであり、また、同法七四条の趣意は従来の訴訟の当事者が承継人を強制して訴訟に参加せしめうることを認めたものであつて、その承継人は訴訟の目的たる権利または債務のいずれの承継人たることを問わないものと解すべきである。民訴七三条は権利の譲受といふ、また、同法七四条は債務の承継というも、これは単に通常の場合を例示したに過ぎないものであつて、これによつて、債務承継人の民訴七三条、同七一条による訴訟参加が否定され、また、権利承継人に対する同法七四条による訴訟引受の申立が否定されたものと解すべきでない。」

この判例が学説上唱道されている参加承継・引受承継説を全面的に採用したものであるかどうか必ずしも明瞭ではないが、基本的に従来の態度を変えたものであることは十分伺える。なお判例変更という点では、小法廷判決である

ことが形式的に問題とされてしかるべきである(裁判所法一〇・三(最高裁事務処理規則九・二〇)。しかし、権利承継人に対し、従前の訴訟を有利・不利を問わず全面的に強制引受させることが、民事訴訟制度上、はたして妥当であるかどうか疑問を禁じ得ない。

参加承継・引受承継説は、七三条は訴訟上有利な地位を承継すべき者が自ら訴訟に参加する場合に関し、七四条は訴訟上不利な地位を承継すべき者を相手方が訴訟に引き込む場合に関する規定であるとする。そして、その理由として、権利を主張する者もその主張が認められる見込が少なければ不利な地位にあるといえ、義務を主張される者もその主張が否定される見込が多ければ有利な地位にあるといえるから、権利承継人も強制的に訴訟に引き込む必要があるとされる(三四)。先の判例はこれを公平の観念で説明しようとしている。しかし、承継人にとって極めて苛酷で迷惑な論法と言わなければならない。権利(subjektive Recht)は、見方によれば、権利の実在性の認識であるといえよう。「訴訟の目的」(Streitgegenstand)たる「訴訟上の請求」(Prozessanspruch, prozessualer Anspruch)も主観的主体的権利主張(三三)であり、裁判官の心証形成面でそれが客観化し、勝敗に導かれるのは、当事者主義を基本原理とする訴訟構造の下では、専ら当事者の訴訟追行の巧拙にかゝっているとと言っても過言ではなからう。権利を権利と認識して譲り受けた承継人が、何故に、被承継人の責任において追行されてきた訴訟上の有利・不利の地位までも全面的に訴訟引受させられなければならないであろうか。任意(自発)的引受ならいざ知らず、強制的引受はやはり権利承継人にとって苛酷と言わなければならない。民事訴訟制度の大原則たる当事者主義(処分権主義—不告不理の原則)に反することも否めない。権利承継人に強制的に訴訟を引受けさせることは、訴権の行使の強制となり、「何人も原告となることを強制さ

れることはない」というローマ法の規定にも悖る結果となる。訴権の本質に遡って考えてもなお権利者に対する強制的訴訟引受は許容し難いのである。新法が旧法の訴訟犠牲主義を廃止し訴訟承継主義を採用するにあたって、法文上、権利承継人につき任意（自発）的引受のみを規定したのも、右のような配慮があったからだと思われる。従って、権利承継・義務承継説の方が立法趣旨及び明文の規定に忠実な解釈であることは否めない。

引受承継制度は、一面、訴訟経済をその制度目的としてしていると説明されるが、民事訴訟制度が本来的に私権保護のための制度であることを認識するとき（異説がある）、^(三七)訴訟経済のみが前面に打ち出されるような承継制度であつてはならないのである。従って、前記のような事例の場合もこの趣旨の下に解釈されなければならない。即ち、義務者の義務が否定される可能性が強くなり、権利承継人を相手どりたときは、従前の訴訟手続を強制的に利用せしめ、何らの責任もない承継人に負担をかけるよりも、別訴で改めて相手どらせる方が合理的であると思う。

なお、権利譲受人からの新訴の提起は、訴訟告知（七六条）により、これに裁判の参加的効力を生ぜしめることによって防止しうるであらう（七八・七〇条）。この点、参加的効力については異説があるが、この場合、告知により裁判の効力が被告知者たる権利譲受人に及ぶとすること（^(三八)少なくとも、この程度の当事者の任意の意思は尊重されるべきこと）が、権利者に対する強制的引受を認めることよりは妥当な解決策と考えられる。

両説の長短については、なお詳細にわたった検討が必要であるが、本稿では以上述べてきた理由から、民事訴訟法第七三条は権利承継人の任意（自発）的引受を、同法第七四条は義務承継人の強制的引受及び任意（自発）的引受を定めた規定であるとする権利承継・義務承継説に左袒する次第である。

(二七) 「訴訟手続の中断・受継」制度を承継人の利益のために設けられた制度であるとみられるは、中村英郎教授前掲綜法四一五七頁。兼子一博士前掲研究一七七頁。なお承継制度一般につき、訴訟状態維持のための制度であり、単なる訴訟経済等の技術的要求に基くものでないとされるは、兼子前掲研究一四三頁。引受承継に關し、当事者の期待を保護し、訴訟経済の要請に応えるための制度とみられるは、井上前掲演習九七頁。当然承継と引受承継の本質的同質性を認めるは、鈴木(正)、訴訟の承継、ジュリスト統判例百選(昭三六)一五〇頁。

(二八) 中村宗雄博士、民訴要論添付資料(昭四〇)七三頁。兼子一博士、前掲研究一七七頁。中村英郎教授、前掲綜法四一五五頁以下。

(二九) 「隠れた当事者」については、当事者概念の項で詳述したが、これを訴訟当事者とほぼ同視するは、前註(一五)の外に、兼子研究一七八頁。菊井・村松コンメンタール七〇五頁。三ヶ月前掲民訴法二二二頁。しかし、中村(英)前掲綜法五七頁は、訴訟の主体的地位におかれているが、まだ当事者ではないとされ、これに觀念的、當事者の名称を付されている。

(三〇) 訴訟遂行権・訴訟追行権・訴訟実施権の三つの概念は明確に區別されなければならない。本稿では、自己の名において訴訟を進行する当事者には訴訟実施権の用語を用いない。あくまで本人の名において訴訟を行う第三者的補助機關の権能として、限定的にこの概念を把握している。その典型がこの民訴法二一〇条の法定代理人の権能である。一般には、訴訟追行権とほぼ同視される。菊井・村松前掲コンメンタール一六〇頁。

(三一) 兼子前掲研究一七八頁。中村(英)前掲綜法五五頁以下。

(三二) 權利承継・義務承継説を採られるは、中村(宗)前掲要論一七二・一七三頁。中村(英)前掲綜法、同法律時報四〇年四月号一九三頁以下。判例としては、昭和三二年以前のは、基本的には皆この立場である。たとえば、大判昭和五・八・

六民集九卷七七二頁。大判昭和一一・九・二六民集一五卷一七四一頁。大判昭和一一・五・二二民集一五卷九八八頁など。参加承継・引受承継説は、今日の通説であると言つてよいであらう。兼子前掲研究一―三六頁以下。三ヶ月前掲民訴法二二三頁以下。伊東民訴法一―一八頁。菊井・村松前掲コンメンタール二五二頁以下。井上前掲演習一―九六頁以下など。

判例としては、後述最判昭和三二・九・一七判例時報一二四号一〇頁の外に下級審の判例が幾つかある。たとえば、昭和三四・一二・二二東高決下裁民集一〇卷一二号二六九一頁。

- (三三) 最高裁昭和三二・九・一七第三小法廷判決民集一―卷九号一五四〇頁。この判例の紹介としては、中村(英)、前掲法律時報四〇年四月号一九三頁。鈴木(正)、前掲ジュリスト裁判例百選一五〇頁以下。菊井・村松前掲コンメンタール二五五頁。井上前掲演習一―一〇六頁など。

- (三四) 兼子前掲研究一―三六―一四〇頁。

- (三五) Habscheid, W.J., Streitgegenstand im Zivilprozess (1956), S.113 は、訴訟で争われるものは、存在する権利ではなくて主張された権利であるとしてゐる(vgl. S. 117 ff. III). § 253 II 2 deut. ZPO 6 der erhobene Anspruch(起したる請求)も同じ趣旨の下に規定されたものと思われる。ここに主観的権利主張(subjektive Rechtsbehauptung)も同趣旨の概念である。中村(宗)、前掲資料六二頁以下。

- (三六) 中村(英)、民事訴訟法演習Ⅰ(独立当事者参加)九〇頁。

- (三七) 民事訴訟の機能とその制度目的については、中村(宗)、前掲原理Ⅰ二一―三三頁に詳しい。

- (三八) 訴訟告知制度の利用を主張されるは、中村宗雄博士、中村英郎教授である。中村(英)、前掲綜法四一号五九頁、同前掲法律時報四〇年四月号一九四頁。

五 結びに代えて——若干の補説

これまで、訴訟当事者及び訴訟遂行権の概念を二元的に把握することにより、「実体法上の承継」（包括並びに特定承継）と「訴訟手続の続行」（受継並びに引受行為）との連結作用をしている「訴訟上の承継」（当然並びに引受承継）の理論的位置づけを試み、更にその手続的実証的側面を眺めてきたわけであるが、「訴訟上の承継」の核心ともいへき承継の対象面（訴訟関係か訴訟状態かの問題）の論究は将来の研究に留保されている。

手続的実体的形成統一体とでもいふべき訴訟を手続的主体面と実体的客体面とに理念的に分析し、前者に訴訟（法律）関係（Prozessverhältnis, Prozessrechtsverhältnis）を、後者に訴訟（法律）状態（Prozesslage, Prozess als Rechtslage）の概念を同時に妥当せしめるのが最も適切ではなからうか。通常、民事訴訟法学では、訴訟を全一的（global）に把握して、これに訴訟関係もしくは訴訟状態の概念を択一的（alternativ）に当てるのが一般であるが、わが刑事訴訟法学では、実体面・手続面に二分するかあるいは実体面・手続面・訴追面に三分して、訴訟関係及び訴訟状態を同時に妥当せしめているのが現状であるといつてよいであろう。民事訴訟と刑事訴訟との間に制度上幾多の差異があることは認めるとしても、当事者主義を基本原理とする現行訴訟制度において、訴訟の発展過程（Entwicklungslinien）を把握する方法において大きな差異があつてよいものかどうか疑問を禁じ得ない。連続体（Kontinuum）としての訴訟の発展過程が的確に把握されない限り、「訴訟上の承継」の対象が何であるかの問題も明確に解明し得ないであろう。しかし、訴訟関係説及び訴訟状態説の考究はそれだけでまた独立の研究対象となる問題なので、本稿では一応の問題

提起をするに留め、将来の研究の成果に期待したいと思う。なお、引受承継（広義の）に関しては、いわゆる権利承継・義務承継説の論証に意を用いたつもりであるが、「訴訟上の承継」全般にわたる理論的実証的研究と共に、今後の重要な課題としなければならない。

（三九）この問題を総合的に研究した文献として、Goldschmidt, J., *Der Prozess als Rechtslage* (1925)、中野貞一郎教授、訴訟関係と訴訟行為（昭三六）がある。ドイツではいわゆる三面関係説が通説であり、わが国では状態説が通説であるが、近時関係説から厳しい批判がなされている。中村宗雄博士、前掲原理一五五頁以下。三ヶ月教授、前掲民訴法一四七頁以下。中野教授、前掲訴訟関係と訴訟行為一頁以下、同ジュリスト三〇〇号学説展望二四〇頁以下。内田武吉助教授、公訴権理論の一考察（前掲中村（宗）基礎理論所収、同三一二頁）。

（四〇）刑事訴訟法学では、Sauerの三分説を克服して二分説を唱えた団藤教授、訴訟状態と訴訟行為八頁・一一頁（一三）をはじめとして、同新刑訴綱要六訂版一一五～一二三頁。斉藤金作教授、刑訴法学（昭三四）六〇頁。高田教授、刑事訴訟法（昭三四）九七～一〇三頁など二分説が多いが、Sauerと異なつた意味での三分説を唱えるは平野教授、刑事訴訟法の基礎理論（昭三九）一九・二二頁特に三〇頁以下、同刑事訴訟法（昭三四）二九頁。

〔昭和四〇年九月二〇日〕